ADVIES

Advies van de adviescommissie, ingesteld ten behoeve van de behandeling van het bezwaarschrift d.d. 17 juni 2015 van het Bestuurscollege van het Openbaar Lichaam Sint Eustatius (hierna: bezwaarde) naar aanleiding van het besluit d.d. 10 juni 2015 van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (hierna: verweerder), inzake het instellen van bestuurlijk toezicht en een aanwijzing inzake de begroting en financieel beheer ten aanzien van het Openbaar Lichaam Sint Eustatius.

Samenstelling commissie:

Voorzitter	: de heer mr. J. P. Spijk MA
Lid	: de heer mr. drs. J.W. Severijnen
Lid	: de heer drs. B. Bongers
Secretaris	: de heer mr. B. Heyer
Datum Hoorzitting	: vrijdag 2 oktober 2015

I. Overzicht van het procedurele verloop

- Op 10 juni 2015 heeft verweerder een aanwijzing gegeven aan bezwaarde op grond van artikel 34 lid 5 van de Wet Financiën openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba.
- Op 19 juni 2015 heeft bezwaarde per mail een afschrift van een bezwaarschrift doen toekomen.
- Bij brief van 3 juli 2015 is de ontvangst van dit bezwaarschrift bevestigd en is bezwaarde in de gelegenheid gesteld om de gebreken (ontbreken getekend bezwaarschrift, benoemen van belang en vordering) te herstellen vóór 24 juli 2015.
- Op 10 juli 2015 heeft bezwaarde middels e-mailbericht aangegeven gebruik te willen maken van de mogelijkheid gehoord te worden.
- Bij brief van 15 juli 2015 (afschrift ontvangen op 22 juli 2015) heeft bezwaarde het belang en de vordering van het bezwaar aangevuld.
- Een afschrift van het originele bezwaarschrift is per koerier naar Nederland verzonden en op 22 juli 2015 - 2 dagen voor het aflopen van de hiervoor genoemde termijn – ontvangen.
- Een getekende versie van het bezwaarschrift van bezwaarde is ontvangen op 4 augustus 2015.
- Het secretariaat van de commissie heeft de reactie van verweerder op het bezwaarschrift , met producties, op 3 september 2014 ontvangen.
- De hoorzitting inzake het bezwaar heeft op 2 oktober 2015 te Sint Eustatius plaats gevonden. Het verslag van de hoorzitting is als bijlage 1 aan dit advies gehecht.

II. Standpunt van bezwaarde

Voor het standpunt van bezwaarde wordt verwezen naar het bezwaarschrift d.d. 17 juni 2015, nadere aanvulling van 15 juli 2015 alsmede de tekst van het pleidooi, zoals door gedeputeerde mevrouw A. McKenzie-Tatem uitgesproken gedurende de hoorzitting (Bijlagen 2, 3 en 4).

III. Standpunt van verweerder

Voor het standpunt van verweerder wordt verwezen naar de memo van verweerder d.d. 3 september 2015 (Bijlage 5).

IV. Overwegingen van de commissie

1. Ontvankelijkheid bezwaarschrift

Uit onderzoek en uit de mededelingen van gedeputeerde mevrouw A. McKenzie-Tatem en marge van de hoorzitting op 2 oktober 2015 is komen vast te staan dat het oorspronkelijke bezwaarschrift initieel niet per koerier of anderszins naar Den Haag is verzonden, doch dat is volstaan met per e-mail toezenden van een digitaal afschrift van het origineel. Aangezien de elektronische weg voor het indienen van bezwaarschriften niet is opengesteld voldoet een dergelijke toezending niet aan de op basis van artikel 57 WarBES te stellen eisen. Nadat zijdens de verweerder op dit gebrek is gewezen en een termijn voor herstel eindigend op 24 juli 2015 is verleend, is een afschrift van het originele bezwaarschrift per koerier naar Nederland verzonden en op 22 juli 2015 - 2 dagen voor het aflopen van de termijn – ontvangen. Het originele bezwaarschrift is op 4 augustus 2015 ontvangen.

De commissie stelt vast dat het op 22 juli ontvangen afschrift van het bezwaarschrift voldoet aan de naar het oordeel van de commissie te stellen eisen, onder meer waar het gaat om de feitelijke aanwezigheid en herkenbaarheid van handtekeningen van de gezaghebber en de eilandsecretaris en een stempel van het Bestuurscollege.

Mede nu de authenticiteit van dit exemplaar van het bezwaarschrift door verweerder niet in twijfel is getrokken acht de commissie in de hier geschetste omstandigheden geen termen aanwezig om te oordelen dat het bezwaar wegens termijnoverschrijding niet-ontvankelijk is.

2. Ontvankelijkheid ten aanzien van aanwijzing aan Rijksvertegenwoordiger

De opdracht van verweerder aan de Rijksvertegenwoordiger hield samengevat in het formeren van een stuurgroep, waarin onder meer de leden van het Bestuurscollege zitting dienden te nemen, het in die stuurgroep opstellen van een Plan van Aanpak voor het op orde en onder controle krijgen van bestuurlijke problematiek, alsmede het leiding geven aan de uitvoering van dat Plan van Aanpak door zorg van de stuurgroep. Deze opdracht is in detail aangekondigd in het bestreden besluit en is op 11 juni 2015 bij separaat schriftelijk besluit van verweerder aan de Rijksvertegenwoordiger uitgevaardigd.

De commissie stelt vast dat deze opdracht rechtstreeks betrekking heeft op de uitvoering van de bestuurlijke bevoegdheden die bezwaarde in zijn hoedanigheid als bestuursorgaan van het Openbaar Lichaam Sint Eustatius (OLSE), dient uit te oefenen, zoals het op orde brengen en houden van de bestuurlijke en financiële situatie van het OLSE. Aangezien dit bestuurlijk toezicht inhoudt dat de uitoefening van de bevoegdheden niet regulier kan plaatsvinden, met een mogelijkheid van toetsing en ingrijpen ex post op de voet van onder meer artikel 219 WolBES, doch dat hieraan in zowel voorbereiding als uitvoering leiding wordt gegeven door een functionaris niet behorend tot het bestuursorgaan, leidt dit tot de conclusie dat het bestuursorgaan[1] door deze beschikking rechtstreeks in zijn belangen is getroffen. Bezwaarde is daarmee ontvankelijk in zijn bezwaar voor zover dat betrekking heeft op de opdracht aan de Rijksvertegenwoordiger en de uitvoering van diens opdracht als hiervoor beschreven.

[1] Artikel 7 lid 1 Wet administratieve rechtspraak BES

3. Vooringenomenheid ex 2:4 AWB

De commissie is met verweerder van oordeel dat in casu de WarBES van toepassing is en dat de WarBES geen met artikel 2:4, eerste lid Awb vergelijkbare bepaling kent, doch dat uit de (oud-) Antilliaanse rechtspraak volgt dat in veel gevallen wordt aangesloten bij het geschreven en ongeschreven Nederlandse bestuursrecht[2]. Om die reden wordt ten aanzien van de gestelde vooringenomenheid artikel 2:4 Algemene wet bestuursrecht naar analogie toegepast.

Bezwaarde stelt dat de bewoordingen in het bestreden besluit ten onrechte de indruk wekken dat tussen de Secretaris-generaal van BZK (SG) en de beide gedeputeerden in consensus is geconstateerd dat de huidige situatie dermate zorgelijk is, dat deze aanleiding geeft voor direct ingrijpen in het functioneren van het openbaar lichaam. Volgens bezwaarde was c.q. is van consensus geen sprake en is dit uitsluitend een conclusie van de SG. Hieruit volgt, aldus bezwaarde, dat het besluit met vooringenomenheid is genomen.

De commissie verwijst op dit punt naar hetgeen omtrent de wetsgeschiedenis van artikel 2:4 Awb in het commentaar[3] op het bezwaarschrift is uiteengezet, te weten dat er sprake moet zijn van een "persoonlijk belang", om te kunnen spreken van vooringenomenheid in de hier bedoelde zin. Met het begrip "persoonlijk belang" is gedoeld op ieder belang dat niet behoort tot de belangen die het bestuursorgaan uit hoofde van de hem opgedragen taak behoort te behartigen. De commissie is van oordeel dat, thans daargelaten dat niet de SG doch de minister het bestreden besluit heeft genomen, niet is kunnen blijken van een dergelijk "persoonlijk belang" als hier bedoeld en acht dit bezwaar om die reden ongegrond.

Voor zover bezwaarde met deze bezwaargrond heeft willen betogen dat het bestreden besluit onvoldoende zorgvuldig is voorbereid wordt verwezen naar het hierna overwogene.

4. Zorgvuldige voorbereiding van het besluit

Op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur was verweerder gehouden tot een zorgvuldige voorbereiding van het onderhavig besluit. Deze verplichting houdt onder meer in dat het bestuursorgaan een belanghebbende, die de onderhavige beschikking niet heeft aangevraagd en waartegen die belanghebbende naar verwachting bedenkingen zal hebben in de gelegenheid stelt zijn zienswijze naar voren te brengen, indien de beschikking steunt op gegevens over feiten en belangen die de belanghebbende betreffen, doch die niet door de belanghebbende zelf zijn verstrekt.

In het onderhavige geval steunt de beschikking deels op informatie die is ontleend aan andere bronnen dan door de bezwaarde aan verweerder verstrekt.

De commissie is van oordeel dat niet is kunnen blijken van het toepassen van hoor en wederhoor als hierboven bedoeld. In aanvulling op hetgeen daarover tijdens de hoorzitting is gewisseld wijst de commissie op de tekst van het bestreden besluit, waarin de bespreking van de SG met de twee gedeputeerden is geduid als een "aankondiging" van het bestreden besluit. De commissie stelt in dit

[2] L.J.J. Rogier, Beginselen van het Caribisch Bestuursrecht, Den Haag; Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 8.
[3] Zie bijlage 5 pag. 13.

verband vast dat bezwaarde niet tijdig kennis heeft kunnen nemen van een ontwerp van de beschikking en derhalve niet adequaat in de gelegenheid is geweest eventuele bedenkingen gemotiveerd naar voren te brengen.

Onder verwijzing naar de jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (uitspraken van 18 augustus 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA9944 en 12 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:PB0508) stelt de commissie evenwel vast dat dit gebrek is geheeld door de hoorzitting die op 2 oktober 2015 te St Eustatius heeft plaatsgevonden, waar bezwaarde uitgebreid in de gelegenheid is gesteld de ingediende bezwaren nader te adstrueren.

Dit bezwaar is naar het oordeel van de commissie ongegrond.

5. Besluit is retroactief brevet van onvermogen voor andere respectievelijk voorgaande bestuursorganen; voorts is het onredelijk om bezwaarde die recent is aangetreden af te rekenen op beleid van het vorige Bestuurscollege

Bezwaarde is van mening dat zowel de opdracht aan de Rijksvertegenwoordiger tot het oprichten van een stuurgroep, als de aanwijzing op basis van artikel 34, lid 5, van de Wet financiën openbare lichamen BES (Wet FinBES) als een (retroactief) brevet van onvermogen dienen te worden gekwalificeerd voor diegenen die voorafgaand aan het aantreden van het huidige bestuurscollege op alle niveaus verantwoordelijk waren voor de openbare financiën van het openbaar lichaam, in de ruimste zin des woords.

Bezwaarde is voorts van mening dat dit eerst in 2015 aangetreden Bestuurscollege, dat van een andere signatuur is dan zijn voorganger, niet op het beleid van zijn voorganger(s) mag worden "afgerekend".

De commissie stelt vast dat zowel de opdracht aan de Rijksvertegenwoordiger tot het oprichten van een stuurgroep teneinde een plan van aanpak op te stellen voor het op orde en onder controle krijgen van de bestuurlijke problematiek, als de aanwijzing op basis van artikel 34, lid 5, Wet FinBES om de financiële problematiek op orde te krijgen, rechtstreeks betrekking hebben op verantwoordelijkheden en bevoegdheden waarvoor bezwaarde het eerstverantwoordelijke bestuursorgaan is.

Dit blijkt overtuigend uit de opeenvolgende brieven van het College financieel toezicht (Cft) aan het Bestuurscollege respectievelijk de Gezaghebber van 3 juli 2013, 24 juli 2013, 4 september 2013, 13 september 2013, 8 oktober 2013, 4 juni 2014, 11 september 2014, 17 september 2014, 15 oktober 2014, 5 november 2014, 21 november 2014, 22 januari 2015, 19 maart 2015, 13 mei 2015, 20 mei 2015 en 4 juni 2015. Uit deze correspondentie blijken zowel positieve als negatieve ontwikkelingen, doch tegelijkertijd een persisterende zorg over de kwaliteit van het financieel beheer van het OLSE. Deze trend is niet doorbroken met de komst van het nieuwe Bestuurscollege, zo blijkt uit deze correspondentie.

Dat ook andere bestuursorganen bij de onderhavige problematiek in tweede of derde instantie betrokken zijn, respectievelijk een toezichthoudende en corrigerende verantwoordelijkheid hebben doet aan het uitgangspunt van de primaire verantwoordelijkheid van het Bestuurscollege in deze niet af.

De commissie merkt voorts op dat het thans zittende Bestuurscollege niet slechts verantwoordelijkheid draagt voor de gevolgen van zijn eigen bestuurlijk handelen of nalaten sedert het aantreden van dit college, doch ook is gehouden voortvarend maatregelen te treffen ter oplossing van problematiek resulterend uit bestuurlijk handelen of nalaten van eerdere bestuurscolleges, al dan niet van een andere signatuur. Dat een aanwijzing van verweerder als de onderhavige mede daarop betrekking kan hebben c.q. heeft, is inherent aan de verantwoordelijkheid van een zittend Bestuurscollege, die het bij zijn aantreden op zich neemt.

Deze bezwaren zijn naar het oordeel van de commissie ongegrond.

6. Additioneel beslag op schaarse bestuurlijke en ambtelijke capaciteit

De commissie is van oordeel dat de in het Plan van Aanpak vervatte en daarmee samenhangende activiteiten zich kenmerken door een zeer grote samenhang en overlap met hetgeen bezwaarde op basis van de op hem rustende verantwoordelijkheid zelf reeds diende te entameren, teneinde de bestuurlijke en financiële problematiek op orde en onder controle te krijgen. Dat bezwaarde zich van die verantwoordelijkheid terdege bewust was en is, blijkt onder meer uit diens schrijven aan verweerder van 26 augustus 2015, kenmerk; 383/15, en uit het verhandelde ter hoorzitting.

Hoewel zich rekenschap gevend van de schaarse beschikbare bestuurlijke en ambtelijke capaciteit, acht de commissie het in de onderhavige omstandigheden en gelet op het zwaarwegende belang van de met de beschikking te behalen doelstellingen, niet aannemelijk dat de beschikking geleid heeft respectievelijk heeft moeten leiden tot een onaanvaardbaar beslag op die capaciteit.

Dit bezwaar is naar het oordeel van de commissie ongegrond.

7. Verwijten ten aanzien van de aanstellingen van eilandsambtenaren zijn onvoldoende onderbouwd.

Bezwaarde heeft aangevoerd dat de in het bestreden besluit verwoorde verwijten ten aanzien van de aanstellingen van eilandsambtenaren vaag en niet (specifiek) zijn onderbouwd.

In casu gaat om het volgen van de wettelijke procedures inzake aanstellingen van eilandsambtenaren, in concreto inhoudende dat alleen personeel kan worden aangenomen indien daarvoor dekking in de begroting aanwezig is.

De commissie stelt vast dat dit onderwerp meermalen als punt van zorg door het Cft richting bezwaarde is gememoreerd; zie daartoe onder meer de brief van 4 juni 2014, de brief van 11 juni 2014, de rapportage van 6 augustus 2014, de brief van 17 september 2014 (ten aanzien van betalingen aan medewerkers van de Stichting Wegenfonds), de brief van 22 januari 2015 en de brief van 13 mei 2015. Voorts is van belang de brief van de Rijksvertegenwoordiger aan bezwaarde van 9 januari 2015.

De commissie is van oordeel dat tegen deze achtergrond de opmerkingen in het bestreden besluit dat "de wettelijke procedures inzake aanstellingen van eilandsambtenaren (...) niet in acht worden genomen" en "Recentelijk heeft u meerdere malen personeel aangenomen zonder dat er een basis

voor was in de begroting, een praktijk waar het Cft u herhaaldelijk op heeft gewezen (...)" voldoende begrijpelijk en voldoende onderbouwd zijn.

Dit bezwaar is naar het oordeel van de commissie ongegrond.

8. Aanwijzing is niet gebaseerd op advies Cft, vond plaats tijdens een met Cft afgesproken tijdpad voor de indiening van begrotingswijziging en was feitelijk onnodig respectievelijk te ingrijpend

De commissie stelt vast dat verweerder zelfstandig bevoegd is om de bevoegdheden in het kader van toezicht als bedoeld in de artikel 205, lid 2, WolBES jo. 204, lid 1, sub i, WolBES uit te oefenen. Voor zover het financieel toezicht betreft, stelt artikel 34, lid 6, FinBES de eis dat zulks rekening houdt met de verklaringen van de accountant.
De commissie stelt dat vast dat de accountantsverklaringen van de jaren 2012 en 2013, in het bijzonder de oordeelonthouding betreffende de financiële rechtmatigheid over 2013, inhoudelijk in combinatie met de meer recente bevindingen van het Cft in de hiervoor aangehaalde correspondentie van het Cft, in redelijkheid aanleiding konden geven tot het uitoefenen van toezicht als hier bedoeld, waardoor aan die eis is voldaan.

De commissie stelt vast dat er geen wettelijke verplichting bestaat om het uitoefenen van de onderhavige bevoegdheden af te stemmen met het Cft, doch stelt daarnaast vast dat het bestreden besluit in materiële zin, namelijk waar het gaat om het stellen van de termijn van 18 juni 2015 voor het opstellen van de begrotingswijziging, alsook het opleggen van de verplichting om opvolging te geven aan de adviezen van het Cft, in zijn bewoordingen wel degelijk rekening houdt met de door het Cft gegeven adviezen en het door het Cft met bezwaarde afgesproken tijdvak van twee weken voor onder meer de aanbieding van de begrotingswijziging, een en ander zoals vervat in de brief van 4 juni 2015, kenmerk Cft201500104.

Naar het oordeel van de commissie had het evenwel de uitdrukkelijke voorkeur verdiend indien verweerder het uitoefenen van de bevoegdheden als in casu op een voor alle betrokkenen meer inzichtelijke wijze met het Cft had afgestemd.

De commissie is in dat verband van oordeel dat verweerder had kunnen kiezen voor een maatwerktoepassing van het instrument van het voorafgaand toezicht op grond van artikel 35, lid 5, Wet FinBES, in plaats van de thans gekozen maatregel van het per direct geen enkele nieuwe verplichting meer aangaan. Toepassing van het instrument van voorafgaand toezicht had immers aangesloten bij meerdere aankondigingen van die strekking zijdens het Cft, zoals laatstelijk nog in de brief van 4 juni 2014, en had een meer proportioneel karakter gehad. Ook was het niet onbegrijpelijk geweest indien de door het Cft gegeven relatief korte termijn van twee weken en de aanbieding van de begrotingswijziging zouden zijn afgewacht, om op basis daarvan te bezien of, en zo ja, welke aanwijzing c.q. welke bestuurlijke maatregelen noodzakelijk zouden zijn.

Aangezien het in deze procedure gaat om een integrale heroverweging van het bestreden besluit toetst de commissie ex nunc en merkt aldus toetsend op dat in retrospectief moet worden vastgesteld dat de tussen bezwaarde en het Cft besproken en als noodzakelijk gekwalificeerde maatregelen, waaronder de sluitende begrotingswijziging, niet tijdig zijn gerealiseerd. De commissie stelt voorts vast dat de noodzakelijke verbeteringen in het financieel beheer nog immer niet hebben plaatsgevonden. De commissie komt aldus toetsend derhalve tot het oordeel dat, anders dan ter

hoorzitting zijdens bezwaarde bepleit, verweerder niet had behoren te volstaan met lichtere vormen van bestuurlijke samenwerking respectievelijk aansturing.

In dit verband verwijst de commissie ook naar de brief van het Cft aan bezwaarde van 1 juli 2015, waarin de op 26 juni 2015 tussen bezwaarde en het Cft gemaakte afspraken zijn vastgelegd. Hier is met name van belang de afspraak dat de verplichtingenstop van toepassing zal blijven tot de begroting weer aan de te stellen normen voldoet. Voorts is afgesproken dat wanneer een begrotingswijziging ter dekking van de tekorten van 2014 en 2015 gereed is er - bij voldoende vertrouwen - aan de verweerder zal worden geadviseerd de verplichtingenstop op te heffen en te vervangen door voorafgaand toezicht. De commissie stelt vast dat in voornoemde brief voor alle hier bedoelde maatregelen de datum van 1 september 2015 als streefdatum is gesteld, doch dat die streefdatum is gepasseerd, zonder dat de beoogde doelstellingen zijn gehaald.

Daar waar zijdens het bezwaarde is gesteld dat een verplichtingenstop niet noodzakelijk was aangezien bezwaarde daartoe zelf al in een eerder stadium had besloten, verwijst de commissie naar de ter hoorzitting verstrekte toelichting zijdens het Cft, samengevat hier op neerkomend dat die bedoelde verplichtingenstop niet tot effecten in de realisatie van de begroting had geleid.

De commissie is van oordeel dat de hier geschetste omstandigheden, met name gelet op de ten behoeve van het OLSE te dienen gewichtige belangen, zich er tegen verzetten het bestreden besluit te herroepen, dit ondanks de omstandigheid dat kritische kanttekeningen bij de wijze van totstandkoming, de maatvoering en het moment van uitvaardigen daarvan mogelijk zijn. De huidige omstandigheden nopen er naar het oordeel van de commissie evenwel toe dat het per 1 september 2015 tot stand gebrachte Plan van Aanpak met grote voortvarendheid tot uitvoering wordt gebracht, dit in zeer nauwe samenhang met de te treffen begrotingsmaatregelen en het verbetertraject voor het financieel beheer.

In dit verband verwijst de commissie naar de brief van bezwaarde aan verweerder van 26 augustus 2015, waarin bezwaarde aangeeft de oorzaken van de huidige stand van de financiële administratie te willen adresseren, het financieel beheer in de ruimste zin van het woord structureel te willen verbeteren, misstanden een halt toe te willen roepen en herhaling ervan te willen voorkomen. Bezwaarde merkt daarbij op dat assistentie van het Cft en verweerder noodzakelijk zal zijn.

Het is de commissie gebleken dat deze voornemens nauw aansluiten met hetgeen door de stuurgroep in het Plan van Aanpak is beschreven en hetgeen het Cft in zijn brief van 1 juli 2015 omtrent de expertgroep financieel beheer heeft gesteld, ook waar het gaat om de realisatie in samenhang tussen stuur- en expertgroep. Ook is de commissie gebleken dat verweerder bereid is de noodzakelijke assistentie te verlenen.

Dit bezwaar is naar het oordeel van de commissie ongegrond.

VI. Advies

Op grond van het vorenstaande adviseert de commissie;

- bezwaarde in zijn bezwaar ontvankelijk te verklaren, ook ten aanzien van die delen van het bestreden besluit die betrekking hebben op de aan de Rijksvertegenwoordiger opgedragen taken;
- de bezwaren ongegrond te verklaren;
- het bestreden besluit in stand te laten, met inachtneming van het navolgende.

Mede gelet op het tijdens de hoorzitting gewisselde en onder verwijzing naar de brief van verweerder aan bezwaarde van 2 september 2015, adviseert de commissie om op korte termijn te komen tot een vanuit het ministerie gecoördineerde wijze van uitvoering van het Plan van Aanpak en het Verbeterplan financieel beheer, dit in nauwe afstemming met de Rijksvertegenwoordiger, het College financieel toezicht en bezwaarde in gezamenlijkheid. Daarbij lijkt het geboden bezwaarde voor de korte en middellange termijn met voldoende personele en financiële expertise te ondersteunen.

De Bezwarenadviescommissie,

Den Haag, 27 oktober 2015

de voorzitter
mr. J.P. Spijk MA

de secretaris
mr. B. Heyer